

TÉCNICAS DE DECISÃO NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MINORIAS PELO STF

*RULING TECHNIQUES IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE GUARANTEE OF
FUNDAMENTAL RIGHTS OF SOCIAL MINORITIES BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT*

*TÉCNICAS DE DECISIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y GARANTÍA DE
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS MINORÍAS POR EL STF*

Ana Paula Oliveira Ávila¹

1 Professora Titular de Direito Constitucional dos cursos de Graduação e Mestrado da Faculdade de Direito do UniRitter – Laureate International Universities. Porto Alegre | RS | Brasil. ana_avila@uniritter.edu.br

Bacharel em Direito pela PUC/RS (1994). Mestre (2001) e Doutora em Direito Público (2007) pela UFRGS.

Resumo: O objetivo deste artigo é examinar as técnicas de decisão no controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Distinguem-se as técnicas conclusivas e alternativas empregadas na jurisdição constitucional, observando que o uso de técnicas alternativas pode, em certos casos, expressar manifestações de ativismo judicial. Em face disso, analisa-se como pode o STF operar validamente essas técnicas em face das estruturas formais do Estado de Direito (separação de poderes, democracia, legalidade e segurança jurídica) e do seu fundamento material, que é a proteção do indivíduo, da sua dignidade e dos seus direitos fundamentais. Por fim, analisam-se dois casos paradigmáticos em que o emprego de técnicas alternativas de decisão foi feito para proteger direitos fundamentais de minorias sociais em face da inércia legislativa, concluindo-se pela sua compatibilidade com o conjunto normativo constitucional e com a função judicial.

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional. Interpretação conforme a Constituição. Declaração de nulidade sem redução de texto. Ativismo Judicial. Omissão legislativa.

Abstract: This article focuses on decision-making techniques in the abstract control of constitutional jurisdiction by the Brazilian Supreme Court. Conclusive and alternative techniques used in constitutional jurisdiction are distinguished, observing that the use of these techniques may, in some cases, express manifestations of judicial activism. This article therefore analyzes how can the Brazilian Supreme Court operates these techniques in a valid way, in light of the formal structures of the State of Law (such as the separation of powers, democracy, legality, and legal certainty) and also its material foundation, i.e. the protection of the individual, their dignity, and their fundamental rights. Finally, the article analyzes two paradigmatic cases in which alternative decision-making techniques were used in order to protect fundamental rights of social minorities against the legislative inertia. It is concluded that these techniques are compatible with the normative constitutional system and the judicial role.

Key-words: Constitutional Jurisdiction. Interpretation according to the Constitution. Declaration of nullity without reduction of text. Judicial Activism. Legislative omission.

Resumen: El objetivo de este artículo es examinar las técnicas de decisión en el control abstracto de constitucionalidad realizado por el Supremo Tribunal Federal. Se distinguen las técnicas conclusivas y alternativas empleadas en la jurisdicción constitucional, observando que el uso de técnicas alternativas en ciertos casos puede expresar manifestaciones de activismo judicial. Frente a esto, se analiza cómo el STF podría operar válidamente esas técnicas ante las estructuras formales del Estado de Derecho (separación de poderes, democracia, legalidad y seguridad jurídica) y de su fundamento material, que es la protección del individuo, de su dignidad y de sus derechos fundamentales. Por último, se analizan dos casos paradigmáticos en los que el empleo de técnicas alternativas de decisión se llevó a cabo para proteger los derechos fundamentales de minorías sociales delante de la inercia legislativa, concluyendo que existía compatibilidad con el conjunto normativo constitucional y con la función judicial.

Palabras Clave: Jurisdicción Constitucional. Interpretación conforme a la Constitución. Declaración de nulidad sin reducción de texto. Activismo Judicial. Omisión legislativa.

INTRODUÇÃO

A Jurisdição Constitucional compreende a atividade desempenhada pelo Poder Judiciário, principalmente pelos Tribunais Constitucionais, na tarefa de defesa e interpretação da Constituição. Quando contextualizada dentro dos parâmetros que identificam a adoção de um Estado de Direito, surge, de um lado, a necessidade de se reconhecer as competências e os limites a que estão adstritos os Tribunais nessa tarefa e, de outro, a importante tarefa de colaborar, dentro de suas competências, na realização dos direitos fundamentais dos cidadãos e dos objetivos previstos na Constituição.

Dentre os parâmetros que configuram o Estado de Direito, costuma-se apontar tradicionalmente a legalidade, a democracia, a separação dos poderes e a própria segurança jurídica, como princípios que dão as *estruturas* que conformam a atividade do Estado. Os direitos fundamentais assegurados pela Constituição complementam essa estrutura no aspecto da *funcionalidade*, ou seja, dispõem os objetivos em razão dos quais devem funcionar aquelas estruturas.

Em vista disso, neste artigo procurou descrever o trabalho desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de normas e as técnicas empregadas na jurisdição constitucional para, logo em seguida, examinar como essas técnicas foram empregadas para assegurar direitos fundamentais de grupos minoritários. Farei isso à luz de dois casos concretos: o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e do direito ao abortamento de fetos anencefálicos.

O controle de constitucionalidade é a essência da Jurisdição Constitucional e, sob certos aspectos, integra uma atividade comum do Poder Judiciário, que é aplicar e interpretar as normas vigentes no ordenamento jurídico. Entretanto, as decisões no controle abstrato de constitucionalidade podem apresentar certas particularidades que são estranhas a uma atuação tipicamente judicial, qual seja, fazer valer a lei nos casos concretos. O Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pelo controle abstrato de constitucionalidade, pode, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, por meio de diferentes técnicas de decisão, (a) implicar a negação de validade a normas preestabelecidas pelo Legislativo, (b) garantir a validade e a aplicação incondicionada das normas cuja validade é posta em dúvida nos juízos inferiores, (c) preservar as normas com uma interpretação diversa daquela imediatamente atribuível ao texto e, (d) não raras vezes, tais técnicas acabam inclusive alterando o significado literal daquilo que está escrito no texto legislativo, permitindo que a norma se mantenha vigente desde que com o novo significado dado pelo Tribunal.

Além disso, em casos extremos, o Tribunal, lançando mão dessas técnicas, termina por implementar verdadeiras inovações na ordem jurídica (decisões aditivas), prática que, se por um lado, poderia restringir algumas normas que suportam o Estado de Direito (como por exemplo a democracia e a legalidade), por outro, pode garantir

e efetivar outras normas constitucionais, notadamente as que preveem direitos fundamentais, muitas vezes para assegurar que grupos minoritários tenham seus direitos à igual e efetiva proteção por parte do Estado.

A tarefa judicial de negar validade às leis inconstitucionais insere-se no âmbito dos *freios e contrapesos* que foram instituídos no sistema clássico de divisão dos Poderes, como uma forma de evitar o abuso na produção legislativa pelo Poder Legislativo, por meio da edição de normas em detrimento da Constituição. Daí que se compare o Poder Judiciário a um legislador negativo, i.e., aquele que retira do ordenamento as normas jurídicas inválidas, ao contrário do legislador positivo (Poder Legislativo), que as cria e as adiciona ao ordenamento jurídico.

Contudo, hoje se observa na Jurisdição Constitucional o uso de técnicas de decisão que pode colocar o Tribunal Constitucional numa posição de verdadeira “intrusão” sobre as competências do Poder Legislativo, que continua sendo, em nosso sistema, o representante diretamente eleito pelo povo. Por isso, ao tratar de técnicas processuais, é preciso analisá-las do ponto de vista de sua conformação e coerência com o Estado Democrático de Direito, sem desprezar a tarefa maior dos poderes estatais, que é assegurar a existência digna do indivíduo, por meio da proteção de seus direitos fundamentais. Para tanto, proponho examinar essas técnicas em duas partes.

Na primeira parte, distingo essas técnicas segundo o tipo de julgamento emitido em relação às normas submetidas ao controle de constitucionalidade: o grupo das *decisões conclusivas*, em que se tem um juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade; e o grupo das *decisões intermediárias*, ou *alternativas*, utilizadas nas zonas cinzentas, em que a norma pode ser considerada constitucional ou inconstitucional, dependendo da interpretação que lhe seja atribuída, ou dos casos em que a norma incida.

Na segunda parte, analisarei dois casos concretos julgados pelo STF, demonstrando como o emprego dessas técnicas pode restringir o alcance dos princípios constitucionais formais do Estado de Direito (separação de poderes, democracia e legalidade) para dar a maior efetividade possível aos direitos

fundamentais, que compõem o próprio sentido material do Estado de Direito. Cumpre, na conclusão desta análise, esboçar uma justificativa jurídica que evidencie se existe uma coerência entre essas decisões e o conjunto normativo da Constituição Federal.

TIPOS DE DECISÕES DO STF NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE:

Diante da comparação entre uma norma ordinária e uma norma constitucional, as possibilidades decisórias vão além dos juízos peremptórios no sentido de que ou a norma vale, ou não vale – ou bem é constitucional, ou bem é inconstitucional. O quadro que se apresenta na jurisdição constitucional moderna reflete a existência de muitas situações que ensejam dúvida acerca da constitucionalidade da norma, e aponto alguns fatores que colaboram para esse quadro de indeterminação:

a) Primeiro, hoje se sabe que a norma não equivale ao texto da lei (dispositivo). A norma é o resultado da interpretação do texto.² E a interpretação, a seu turno, levará a um resultado condicionado por diversas variantes: o sujeito que interpreta o âmbito (fático) de incidência da norma, o método escolhido e a categoria dos argumentos empregados. Mudando um desses elementos, pode alterar-se o resultado. Então, é possível que se reconheça a validade de apenas uma das interpretações que possam ser atribuídas ao dispositivo, com exclusão das demais (é o caso da chamada interpretação conforme a Constituição), sendo também possível que se reconheça a invalidade da incidência da norma apenas a um grupo de casos, permanecendo a norma válida para os demais casos (declaração parcial de nulidade sem redução de texto).

A diversidade de técnicas de decisão na jurisdição constitucional responde, em grande parte, a essa primeira constatação. Contudo existem limites à interpretação

2 E o texto equivale a apenas um elemento parcial da interpretação, o “programa normativo”, i.e., o enunciado linguístico que enuncia a norma. A interpretação compreende um segundo momento, que é a análise do “âmbito normativo”, i.e., a análise dos elementos empíricos, dos dados da realidade recortada pela norma. A concretização constitucional consiste na integração desses dois elementos, sendo o entendimento do primeiro orientado pelo segundo. MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1993, p. 168.

jurídica. Sobretudo no campo da interpretação constitucional, em que se opera sobre normas com densidades normativas³ variáveis, a doutrina predominante reconhece que não é possível uma interpretação que leve à alteração do sentido literal do texto constitucional (mutação x modificação constitucional).⁴ Quando as possibilidades do texto se esgotam, surge o momento de nova deliberação do poder constituinte, evitando-se, assim, malabarismos judiciais. Porém, em face da permanente necessidade de proteção dos direitos do indivíduo, resta saber qual atitude do Judiciário seria aceitável diante de omissão persistente do legislador em oferecer resposta às questões que integram a agenda social. Isso examinarei mais próximo das conclusões, depois de analisadas todas as premissas do debate.

b) Segundo, muitas questões concretas submetidas à Corte suscitaram o emprego da técnica de modulação de efeitos à declaração de inconstitucionalidade. Com isso, coube à doutrina reconhecer que há graus de maior ou menor inconstitucionalidade, ou, em outras palavras, há decisões que promovem melhor a ordem constitucional como um todo do que outras (unidade da Constituição⁵). Dito de outro modo, além de decisões que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma, o STF tem proferido soluções que podem ser classificadas como *mais* ou *menos* constitucionais em face do conjunto normativo da Constituição⁶.

3 Nas palavras de CANTILHO, "a *densidade* da norma constitucional impõe-se: (1) quando há necessidade de tomar decisões inequívocas em relação a certas controvérsias; (2) quando se trata de definir e identificar os princípios identificadores da ordem social; (3) quando a concretização constitucional imponha, desde logo, a conveniência de normas constitucionais densas." (...) "A abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma *delegação* relativa nos órgãos concretizadores; a *densidade*, por sua vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação." (grifos do autor). Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.105.

4 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 23: "o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. (...) Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito."

5 Além do aspecto da unidade da Constituição, há que destacar a expressão "bloco de constitucionalidade", cunhada por FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991, p. 95-109. No sentido de "bloco", atribui-se um sentido amplo à Constituição, que abrange também os princípios fundamentais, assim como outras leis materialmente constitucionais por dizerem respeito às liberdades fundamentais. Com isso, a Constituição não se esgota em seu texto, mas é também integrada por um bloco de normas e princípios veiculadores de matéria constitucional.

6 AVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de cons-**

Passo então ao exame das decisões que exprimem juízos conclusivos e, após, às técnicas que lidam com as zonas cinzentas.

JUÍZOS CONCLUSIVOS:

DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE:

A declaração de constitucionalidade é a reafirmação, taxativa, da validade presumida que a norma já possui. Pode resultar de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade procedente ou de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade improcedente. Essa decisão garante a permanência da norma jurídica no ordenamento e, por ter efeito vinculante, se torna um precedente obrigatório para as instâncias inferiores ao STF no Poder Judiciário, bem como ao Poder Executivo, sob pena de reclamação perante aquela máxima Corte (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, c/c art. 102, I, "I", da CF/88). A extensão deste efeito vinculante das declarações de constitucionalidade, no entanto, já foi objeto de delimitação em estudos doutrinários que aqui não cabe analisar.⁷

Deve-se observar que a declaração de constitucionalidade é emitida sob uma espécie de cláusula *rebus sic stantibus*, pois obedece a um contexto jurídico e fático dentro do qual a norma foi examinada. Não por outra razão, há quem considere incompatíveis o efeito vinculante e a decisão declaratória de constitucionalidade, pelo fato de que esta "petrifica o processo hermenêutico para o futuro."⁸

Havendo alterações nessas condições fáticas e jurídicas, nada impede que uma nova declaração, de inconstitucionalidade, atinja a norma em questão. Um bom exemplo deu-se na Suprema Corte Norte Americana, que, em 1896, considerou compatível com a igualdade perante a lei (constitucional, portanto) a política de

titucionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 51.

7 ÁVILA. Ana Paula Oliveira. A face não vinculante da eficácia vinculante das declarações de constitucionalidade: uma análise da eficácia vinculante e o controle concreto de constitucionalidade no Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva.** São Paulo: Malheiros, 2005.

8 Nesse sentido: STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 491.

segregação racial no caso *Plessy v. State of Louisiana* (instituído a doutrina do *separate but equal*). Sem que houvesse qualquer modificação normativa, esse juízo de constitucionalidade foi alterado após mais de 50 anos, no famoso caso *Brown v. Board of Education*, em que se firmou a segregação racial como atentatória da proteção da igualdade na Constituição Norte Americana.⁹ Percebe-se a mesma prática segregatória e a mesma Constituição, que ainda permanece vigente, mas uma mudança radical nas condições empíricas exigiu uma alteração total no precedente antes firmado pela Suprema Corte (*overruling*).

De pronto se percebe que a declaração de constitucionalidade não é [e nem pode ser] uma decisão blindada pelo manto da imutabilidade. Nesse particular, Marinoni tem razão ao observar que a coisa julgada é um instituto próprio dos processos subjetivos, em que existem partes interessadas no desfecho de uma lide, e que a coisa julgada é o instituto processual a garantir que, para aquelas partes, a situação foi definida e não mais será objeto de alteração¹⁰. A declaração de constitucionalidade, assim, não recebe o manto da inalterabilidade eterna, pois está atrelada a um determinado momento histórico e a determinados fundamentos jurídicos que, uma vez alterados, podem ser reexaminados.

Finalmente, importa relevar que nem o Poder Legislativo e nem o próprio STF são atingidos pelo efeito vinculante de suas decisões e que essas decisões em controle abstrato não fazem coisa julgada material em sentido próprio.

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A declaração de inconstitucionalidade, na doutrina e na jurisprudência dominantes no Brasil, equivale a uma censura de nulidade atribuída à norma ordinária que contraria a Constituição. Importa na exclusão da norma declarada nula que, na linguagem do STF, é “expulsa” do ordenamento jurídico. O tratamento análogo ao das nulidades é uma espécie de tradição nos julgados do STF, sendo

9 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

10 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 975 e, mais adiante, p. 990.

recorrente a menção ao “dogma da nulidade do ato inconstitucional”.¹¹

Muitas reservas já foram dirigidas a este entendimento¹², mas, para os objetivos deste trabalho, basta compreender que, por força da tradicional censura de nulidade, a norma perde todos os seus efeitos retroativamente, inclusive os efeitos revogatórios que tenha operado sobre norma anterior acaso existente, a qual fica de imediato restaurada até que outra posterior expressamente a revogue¹³. As relações jurídicas constituídas sob o império da lei declarada inconstitucional poderão retornar ao *status quo ante*, se as partes interessadas assim requererem.

Por conta de sua *expulsão*, nenhuma chance tem essa norma de voltar a ser aplicada por qualquer órgão judicial, nem mesmo pelo próprio STF – porque, em tese, a norma já não mais integra o plano da existência. Daí que o efeito vinculante nessas decisões apresente seu grau máximo de intensidade, pois se torna impossível desafiar o entendimento da Corte e aplicar uma norma que não mais existe.

Além disso, interessa observar que o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade abrange não apenas o dispositivo da decisão, como também os seus próprios *motivos determinantes*, razão por que se fala em *transcendência dos motivos determinantes* das decisões do STF, a indicar a interferência da decisão sobre os demais casos que, “embora não tratando da mesma norma, configuram igual questão constitucional, a ser solucionada mediante a aplicação dos mesmos fundamentos ou motivos que determinaram a decisão”.¹⁴

11 STF, ADI-QO 652-MA, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 2/4/1992.

12 ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 31-36.

13 STF, ADI 652-MA (RTJ, 146:461, 1993), Pleno, Rel. Min. Celso de Mello. “A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. Esse poder excepcional – que extrai a sua autoridade da própria Carta Política—converte o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo”.

14 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012, p. 984. A abrangência dos motivos determinantes pelo efeito vinculante está presente na própria gênese deste instituto e serve como ponto de diferenciação entre o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes*. No STF, contudo, a questão não é mais pacífica. A chamada teoria da transcendência dos motivos determinantes

A situação da exclusão da norma do ordenamento jurídico interessa também nas técnicas intermediárias, porquanto nelas também se opera um juízo de exclusão. Não se trata, contudo, de um juízo de exclusão integral da norma, mas apenas de aspectos a ela relacionados, eis que a norma permanece abstratamente vigente no ordenamento jurídico. Veja-se, a seguir, em que consistem tais técnicas.

JUÍZOS INTERMEDIÁRIOS OU ALTERNATIVOS:

Para bem compreender esses juízos alternativos, é fundamental ter em mente o princípio subliminar de que *in dubio, pro norma*. Segundo esse princípio, sempre que possível a norma deverá ser preservada e ter sua permanência na ordem jurídica garantida pelo Tribunal Constitucional.¹⁵ Esse princípio densifica outros princípios estruturantes do Estado de Direito, tendo em vista que a norma geral posta é uma decisão do Legislador (legalidade), representante diretamente eleito pelo povo (democracia), e garante a previsibilidade e a confiança necessárias para o bom andamento das relações jurídicas (segurança jurídica). Por cristalizarem a soberania popular, as presunções são sempre em favor das normas.

Tendo isso presente, aparecem situações de dúvida quanto à validade das normas em contextos diversos que suscitam incidências diversas. Isso levou os tribunais a desenvolverem técnicas que são verdadeiras alternativas entre a opção radical de expulsar a norma do ordenamento, no caso da declaração de inconstitucionalidade, ou de permitir sua aplicação irrestrita, no caso da declaração de constitucionalidade¹⁶.

da decisão já contou com a adesão da Corte em muitos julgados (exemplificativamente: Recl. 4906, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, 17/12/2007), mas atualmente há divergências sobre sua aplicabilidade ou não, tendo sido rechaçada no julgamento da Recl. 3.014/SP (Rel. Min. Ayres Brito, Tribunal Pleno, julgada em 10/03/2010), bem como noutros precedentes julgados pelo Pleno: Recl. 11.479 AgR; Recl. 13.300 AgR.

15 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 188.

16 MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 316.

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A primeira técnica alternativa é a interpretação conforme a Constituição. Por meio dela o STF faz uma espécie de declaração condicional de constitucionalidade (“a norma é constitucional, *desde que...*”), valendo apenas com o sentido fixado pela Corte no julgamento. Isso importa na exclusão de outros sentidos que possam ser atribuídos à norma e, em vista disso, o Min. Moreira Alves equiparou a interpretação conforme a uma pronúncia de inconstitucionalidade¹⁷. Parece, entretanto, que ante a dificuldade de se declarar a inconstitucionalidade de todas as possíveis interpretações atribuíveis ao texto, melhor seria considerar a interpretação conforme como equivalente a um juízo condicional de constitucionalidade. É esta a lição do Min. Gilmar Mendes: “na interpretação conforme a Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial”.¹⁸

Um bom exemplo de julgamento empregando esta técnica está na decisão da ADPF 46, a qual examinou a Lei nº 6.538/78. A lei estabelece o monopólio dos serviços postais em favor da EBCT – empresa pública da União. Argumentou-se que a lei instituidora do monopólio é anterior à CF/88 e não teria sido recepcionada pelo art. 177 da CF, dispositivo em que estão fixadas, de modo taxativo e *numerus clausus*, as atividades sujeitas ao regime de monopólio da União, sem incluir o serviço postal. A Corte, por maioria, declarou que a lei é constitucional, desde que se entenda a expressão monopólio como “exclusividade ou privilégio”. Tais são os termos compatíveis com as competências reservadas exclusivamente à União pelo art. 21 da mesma Constituição Federal, para o desempenho de serviços públicos (com é o caso do serviço postal), ao passo que “monopólio” é expressão reservada para o desempenho de atividades econômicas em sentido estrito¹⁹.

17 Rp. 1.417, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 126/48. A dificuldade prática neste entendimento é que, em se tratando de uma espécie de declaração de inconstitucionalidade, somente pode ser pronunciada nos termos do art. 97 da CF, i.e., pela maioria absoluta dos membros dos Tribunais ou do respectivo órgão especial, inviabilizando a utilização da técnica no controle difuso de constitucionalidade nas instancias inferiores. MENDES, Gilmar. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012, 527.

18 MENDES, Gilmar. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012, 529.

19 STF, Pleno, ADPF 46, Rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 05.8.2009.

Deste modo, manteve-se a lei impugnada e a reserva da atividade à EBCT, sendo a norma considerada constitucional desde que permanecesse vigente com o significado interpretativo fixado pela Corte, por correspondente à exclusividade prevista no art. 21.

A decisão opera, assim, sobre o campo da interpretação dos elementos normativos, que possuem seu significado integrado a partir da decisão do tribunal. Algo diverso se passa com a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, em que a decisão opera não sobre elementos normativos, mas sim sobre os elementos empíricos.

DECLARAÇÃO PARCIAL DE NULIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO

Esta é a técnica empregada nos casos em que uma norma pode ser considerada abstratamente constitucional, mas ter incidências inconstitucionais em algumas hipóteses de aplicação concreta. Nesses casos, o dispositivo permanece vigente e inalterado, sem redução de texto, mas haverá o bloqueio de sua incidência sobre determinadas hipóteses concretas especificadas na decisão. Observe-se que a censura não recai sobre o dispositivo, e sim sobre determinadas hipóteses de aplicação²⁰ - daí o nome nulidade *sem redução de texto*. Esta técnica serve à solução da *inconstitucionalidade concreta*²¹ de norma abstratamente constitucional.

Inicialmente, a jurisprudência do STF entendia como equivalentes as técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução de texto, conforme restou consignado nas ADIs 491 e 319, ambas de

20 MENDES, Gilmar. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 529.

21 Um exemplo bastante singelo desta situação em que a norma, em abstrato, é válida, mas pode ter algumas incidências inválidas (inconstitucionalidade em concreto), está no art. 1º da Lei nº 9.494/97 que proíbe a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Esse dispositivo foi declarado abstratamente constitucional pelo STF na ADC nº 4, contudo o mesmo tribunal reconhece, pacificamente, em diversas reclamações ajuizadas perante aquela Corte, que no caso de antecipação de tutela de medicamentos indispensáveis que devem ser prestados pelo Estado em caráter de urgência, sob pena de dano irreversível à saúde, o dispositivo deve ter sua incidência bloqueada por lesar o direito à saúde e à existência digna, garantidos na Constituição. Cf. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a fazenda pública. **Revista AJURIS**, v.86, p.361-374, 2002.

relatoria do Min. Moreira Alves. Mais recentemente a jurisprudência do Tribunal passou a acentuar a distinção entre elas como técnicas autônomas²², no sentido de que a interpretação, conforme opera a exclusão de sentidos normativos que possam ser atribuídos ao dispositivo além daquele fixado pela Corte, ao passo que a declaração de nulidade parcial sem redução de texto opera a exclusão de hipóteses de aplicação do âmbito de incidência da norma.

Pode-se citar como exemplo a decisão que teve por objeto decreto, estabelecendo aumento de IPI com vigência imediata (em detrimento da exigência constitucional da anterioridade nonagesimal). O STF declarou a nulidade parcial sem redução de texto para que o decreto presidencial que aumentou as alíquotas do IPI sobre a importação de automóveis não se aplicasse às operações ocorridas dentro dos primeiros 90 dias de vigência da norma.²³

De qualquer modo, a Corte ainda não exerce maior rigor conceitual quanto a essas técnicas e vacila em alguns julgamentos, como na decisão da ADPF n. 54, pela qual restou autorizada a antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico. Em diversos votos foi consignada a necessidade de se fazer a interpretação do Código Penal de “modo conforme a Constituição”, mas claramente operou-se a declaração de nulidade parcial sem redução de texto, uma vez que a norma proibitiva do aborto segue vigente e aplicável à generalidade dos casos, exceto às hipóteses concretas em que restar configurado o diagnóstico de anencefalia confirmado por junta médica.

QUESTÕES SUSCITADAS PELO EMPREGO DAS TÉCNICAS ALTERNATIVAS E PROTEÇÃO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

O emprego dessas técnicas alternativas em algumas situações (dois casos exemplificativos serão examinados em seguida) revelará julgamentos em que, ao determinar sentidos interpretativos da norma ou excluir determinadas hipóteses de seu campo de incidência, o Tribunal pode alterar o sentido normativo

22 MENDES, Gilmar. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 531.

23 STF, ADI 4661-DF MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.10.2011.

originalmente fixado pelo Legislador, quando não mesmo inovar na ordem jurídica – tarefa que a jurisdição típica deve normalmente evitar.

Por isso, é pacífico o reconhecimento de que a literalidade do texto apresenta um limite claro à jurisdição constitucional. Isso significa que seria inadmissível que, do emprego dessas técnicas, resultasse um sentido atentatório à expressão literal do texto²⁴ -- e esse limite não se circunscreve à jurisdição constitucional, mas à interpretação jurídica de um modo geral.

Em grande parte, as técnicas alternativas servem à manutenção da norma, operando-se a exclusão do sentido normativo conflitante com a Constituição, e nisso expressam a tarefa de legislador negativo que cumpre ao Judiciário desempenhar por meio do controle de constitucionalidade. Não se pode negar, porém, que os Tribunais têm sido levados a utilizar essas técnicas decisórias para proferir decisões limítrofes, atípicas, portanto. Surge com isso uma espécie de *ativismo judicial* que tem levado a doutrina de direito constitucional a examinar mais detidamente a atuação das Cortes Constitucionais tanto na Europa como nos EUA.

Nessas condições, percebe-se que o tribunal é levado a transitar entre duas posturas opostas: as doutrinas do *judicial self-restraint* e do *judicial activism*. A primeira doutrina, do *judicial self-restraint*, releva a deferência em face do Poder Legislativo democraticamente eleito, sobretudo em razão do *deficit* democrático na ausência de representatividade popular dos juízes das Cortes Constitucionais, que não são diretamente eleitos pelo povo²⁵. Como uma forma de compensação da carência dessa legitimação democrática, os tribunais constitucionais não devem se arvorar nas tarefas do órgão legislativo e as leis somente devem ser declaradas inconstitucionais quando a contrariedade em face da Constituição seja plenamente evidente²⁶.

24 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 95. HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, p. 23.

25 Entre as referências que bem analisam essa doutrina, cf.: ELY, J. H. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, 1980; HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy – the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999; MELLO, Claudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

26 GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Minima Trotta, 2010, p. 63.

Já a doutrina do ativismo judicial entende plenamente cabíveis as decisões aditivas e a consequente criação de novas regras pelo Poder Judiciário, a partir da interpretação dedutiva de princípios jurídicos dotados de abstração e generalidade. Assim, incumbiria aos magistrados o preenchimento dos espaços francos da lei, das omissões normativas, bem como a correção das normas gerais pela via interpretativa, “dando-lhe novos sentidos ou adicionando-lhe novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais”²⁷.

Na apertada síntese de Guastini, o ativismo judicial

se inspira, seja no valor da congruência entre o Direito e a ‘consciência social’; seja em uma meta-ética utilitarista (a tarefa dos juízes é favorecer a melhor distribuição dos recursos); seja no dever constitucional dos juízes de proteger os direitos dos cidadãos (assim como os direitos das minorias) contra as maiorias políticas; seja em outros valores difíceis de identificar²⁸.

Esta prática ativista defende tanto a intervenção judicial nas políticas públicas quanto a determinação das normas concretizadoras dos princípios e dos direitos fundamentais não plenamente definidos pela Constituição. Tarefas que transcendem, como é fácil perceber, ao tradicional papel da jurisdição, de aplicar a lei [positivada] aos casos concretos. Observa-se, nesse movimento, “uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa”²⁹

Para que este estudo se mantenha estritamente dentro do seu objetivo inicial, que é apenas analisar quais são as técnicas de decisão do controle abstrato de constitucionalidade e como devem operar entre as exigências formais e materiais do Estado de Direito, não adentrarei o debate que divide a doutrina brasileira entre os adeptos e os críticos do *neoconstitucionalismo*, movimento que, em muito aspectos, subsidia premissas teóricas ao ativismo judicial. Sobre o tema,

27 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Editora Forense 2014, p. 166.

28 GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología...** p. 64. [traduzi]

29 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial** – Parâmetros Dogmáticos. Editora Saraiva 2010, p. 107.

já existe extensa e consistente produção doutrinária para que o leitor encontre a sua própria corrente³⁰. Não se pode desprezar, contudo, que esse debate subjaz às decisões que passarei a analisar.

A questão adquire maior relevo em face das omissões legislativas, sobretudo naqueles casos em que se verifica a lesão a direitos por conta da falta de regulamentação, pelo Legislativo, de matérias que dizem respeito a direitos individuais fundamentais. O STF, que tradicionalmente se apoiava na teoria do legislador negativo, vem empregando as técnicas alternativas de modo a suprir algumas omissões por meio de decisões aditivas e, com isso, expressando a postura ativista de inovar na ordem jurídica. Cumpre, assim, aquilatar os limites envolvidos na intervenção judicial que faça sanar a lesão a tais direitos, quando o suprimento da omissão dá-se pelo exercício de competência atribuída ao Legislativo.

Os casos a seguir selecionados servem apenas para demonstrar, de um lado, a utilização dessas técnicas para garantir direitos não contemplados pela agenda legislativa e, de outro, os cuidados necessários para que elas não venham a substituir a deliberação parlamentar em caráter definitivo. A seleção dos dois casos (ADPF 132 e ADPF 54) deu-se por conta de dois critérios: ambos (a) utilizam técnicas alternativas de decisão e (b) tratam de omissão normativa quanto a questões polêmicas que dividem as opiniões de diversos segmentos da sociedade (e, por consequência, também a opinião dos membros do Congresso Nacional), mas envolvem direitos de liberdade e decisões individuais que não podem esperar eternamente por uma deliberação legislativa majoritária para que sejam efetivados.

30 Cf., entre outros, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial - Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010; COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; BARROSO, Luis Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. RDA 225:5-37; ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": Entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado** n. 17. Jan/Fev/Mar 2009, 1-19; BREYER, Stephen. *Active liberty: interpreting our democratic constitution*. New York: Alfred A. Knopf, 2005.

ADPF 132 – RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Em 05 de maio de 2011 foi publicada a decisão unânime do STF, na ADPF 132, reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. A decisão levou em consideração um conjunto normativo que incluía dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos do RJ (em particular, arts. 19, II e V, e 33, I a X) que, se interpretados discriminatoriamente, negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico dispensado às uniões estáveis; o art. 1.723 do Código Civil, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, todos cotejados em face dos arts. 5º, *caput* (liberdade, igualdade, autonomia da vontade, segurança jurídica), 1º, IV (dignidade da pessoa humana) e 3º, IV (proibição de preconceito em razão do sexo e qualquer outra forma de discriminação).

Não há previsão expressa na ordem jurídica brasileira acerca do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Existe apenas, em nível constitucional (CF, art. 226, § 3º) e infra (CC, art. 1.723), a determinação de que o Estado reconheça a união estável *entre o homem e a mulher* como entidade familiar. Esse tipo de reconhecimento permite às partes o poder de deliberação acerca de diversos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais concernentes à união civil, como o poder familiar, a adoção e as obrigações alimentares, sem falar, mais tarde, em questões sucessórias e benefícios previdenciários aplicáveis às relações estáveis, de convívio duradouro em entidade familiar. O não reconhecimento pelo Estado da união homoafetiva impede aos participantes dessa relação o poder de deliberação e disposição em face de todas essas questões.

A questão de fundo, como facilmente se percebe, é a proteção das minorias, para que sejam assegurados aos homossexuais os direitos à manifestação da autonomia da vontade e à autorregulação dos próprios interesses, direitos que são indissociáveis da personalidade do indivíduo. O dever (estatal) de proteção das minorias não passou despercebido pelo voto do Min. Gilmar Mendes, que, constatando a existência de lacuna normativa quanto à matéria, asseverou em seu voto: “a omissão da Corte poderia representar um agravamento no

quadro de desproteção das minorias, as quais estariam tendo os seus direitos lesionados”³¹.

O interessante é que neste caso o Supremo viu-se compelido a fazer uma interpretação da própria Constituição conforme a Constituição. Dito de outro modo, interpretou a *parte* conforme o *todo*. De fato, o STF teve de reconhecer que uma interpretação *restritiva* do próprio texto constitucional que ampara a união estável entre homem e mulher (art. 226, § 3º) contrastaria com a dignidade da pessoa e com o direito de igualdade previstos, respectivamente, nos arts. 1º e 5º, e com a proibição de preconceito em razão do sexo e de todas as formas de discriminação previstas no inc. IV do art. 3º da Constituição. Essa integração entre as diversas normas constitucionais aplicáveis ao caso dá sentido à relevante advertência de Eros Grau, muito difundida na jurisprudência do STF, de que

assim como jamais se interpreta *um texto normativo*, mas sim *o direito*, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. **Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.** A interpretação de qualquer norma da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela – da norma – até a Constituição.³² [grifei]

Procedendo, então, a uma interpretação *extensiva* (extensão analógica) do art. 226, § 3º, a Corte entendeu que o fato de a Constituição determinar que o Estado proteja a união estável entre homem e mulher não significa que tenha excluído a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo (“tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”). Considerou haver, na espécie, uma situação de lacuna normativa³³, que pode ser superada pelo mecanismo da integração analógica, “decorrente da similitude

31 ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto. STF, Pleno j. 05/05/2011

32 GRAU, Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 69

33 Entre esses aspectos da decisão, o velho KELSEN interviria para argumentar que a teoria das lacunas do Direito “é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. *Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito.*” [grifei]. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991, pp. 263-4.

factual entre a união estável e a homoafetiva". Porém, é evidente que o resultado prático desta decisão interpretativa ilustra, em tese, manifestação de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal.

Por tal razão, a decisão, que foi unânime, foi alvo de muitas críticas. Os críticos registram que, ao proceder à extensão analógica, a Corte, na prática, terminou por inovar na ordem jurídica, reconhecendo um tipo de união estranho ao Código Civil e à própria Constituição, os quais somente contemplam a união estável *entre homem e mulher*. Registram, ainda, que a decisão contrariou o próprio dispositivo literal da Constituição Federal que dispõe, taxativamente, "entre homem e mulher", configurando a usurpação, pelo Poder Judiciário, da tarefa que incumbe ao poder constituinte³⁴. Em suma, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo concitaria a manifestação do legislador, não podendo o Judiciário se impor ao espaço público e impedir a tomada de decisões pela via democrática³⁵.

É muito difícil discordar desses argumentos quando se pensa nas estruturas formais do Estado de Direito, que repousam, como dito no início deste ensaio, nos pilares da separação de poderes, da democracia e da legalidade. Há, no entanto, fundamentos materiais para o Estado de Direito, que estão enunciados já no Título I da Constituição Federal e denotam um Estado comprometido com a existência digna e a realização pessoal do indivíduo. Esse comprometimento toca, por certo, a todos os poderes da República, de modo que cumpre verificar qual a postura que se pode esperar do Judiciário quando constata a omissão legislativa no que diz respeito à realização de direitos fundamentais de que são detentoras as minorias sociais. Como se sabe, a agenda legislativa nem sempre coincide com a agenda de necessidades sociais, muito menos com aquela dos grupos minoritários em situação de desigualdade e vulnerabilidade.

Mesmo alguns críticos tradicionais do neoconstitucionalismo (e, por

34 A crítica de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS está em: <http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,juristas-e-igreja-contestam-a-decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva,715497>. Publicada em 05.05.2011, captada em 13.06.2014.

35 STRECK, Lênio; BARRETTO, Vicente de Paula; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Normas constitucionais inconstitucionais**, artigo publicado no Consultor Jurídico do dia 19.07.2009, por ocasião do julgamento da ADPF n. 132. Captado em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>.

consequência, do ativismo judicial) reconhecem que a exigência de igualdade permite ao intérprete da Constituição criar uma grande quantidade de normas igualadoras e diferenciadoras, seja porque o legislador regulou apenas uma categoria de casos, omitindo-se quanto aos demais, seja porque regulou a todos genericamente, quando deveria ter feito distinções necessárias³⁶. A hipótese aqui versada é justamente aquela em que o legislador regulou uma categoria de casos (união estável entre homem e mulher), deixando de fora outro grupo (união estável homoafetiva), ensejando a atuação judicial corretiva por meio da aplicação da norma da igualdade. Nesse sentido,

quanto maior for o grau de desigualdade, tanto maior deverá ser o âmbito material de atuação no sentido de corrigi-la ou de verificar os pressupostos para uma diferenciação válida. Só haverá ativismo judicial se o exercício da função judicial comprometer a igualdade geral das regras e a sua uniforme aplicação. [...] Não se pode qualificar *tout court* a atividade judicial como ativista pelo simples fato de ser extensa. Em algumas situações, o maior âmbito material é imposto pelas normas constitucionais que devem ser concretizadas, pelos direitos fundamentais que são restringidos ou pela relação jurídica por meio da qual aquelas normas e esses direitos são configurados.³⁷

Com efeito, em algumas situações o Poder Judiciário deverá atuar dentro de um âmbito material mais amplo, porque a conformação material do Estado de Direito assim exige. Isso ocorre quando o Legislativo deixa de apreciar e conformar, por meio da elaboração das leis que lhe compete, os princípios ou os direitos fundamentais que cumpre ao Estado garantir e proteger. Tal é o caso do direito de liberdade do indivíduo para constituir união estável com alguém do mesmo sexo, usufruindo da proteção do Estado e de todas as repercussões patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes.

Por um lado, pode-se sustentar que tal decisão consistiu numa aplicação concreta da regra da igualdade por meio de interpretação analógica, o que em nada se distancia da atividade tipicamente judicial. Por outro, a generalidade da

36 GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Minima Trotta, 2010, p. 29.

37 AVILA, Humberto. Ativismo Judicial e Direito Tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coordenador). **Grandes questões atuais de direito tributário**. Vol. 15. São Paulo: Dialética, 2011, p. 154-5

decisão, proferida com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, torna evidente sua natureza normativa. Por isso, se não há dúvidas de que esta decisão seja uma expressão de ativismo judicial, parece lícito afirmar que deve haver tolerância em relação a certos tipos de ativismo, particularmente aquele que tiver por objeto a salvaguarda de direitos fundamentais por meio do reconhecimento do direito de igualdade no exercício de direitos pessoais.

A decisão da ADPF 132 é de fato uma norma construída pela via interpretativa, mas a decisão de mérito opera como o centro de convergência de diversas normas constitucionais, inclusive daquelas normas que coordenam a distribuição de competências aos diferentes órgãos estatais. É que, ante a ausência de exercício das competências constitucionalmente atribuídas (omissão), a própria Constituição estabelece uma solução genérica às lesões decorrentes da inércia estatal ao estabelecer que *nenhuma* lesão ou ameaça de lesão a direitos escapará da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88). Nesse caso, pois, o Judiciário não se furtou a uma função que é, ao fim e ao cabo, eminentemente sua, de fazer cessar uma discriminação concreta, acentuada pela omissão legislativa.

Para além do problema das omissões, acrescento à discussão também o problema de certas deliberações parlamentares. Decisões como essa em exame sempre suscitam a objeção de que o Tribunal fere o princípio democrático ao deliberar sobre questões que cumprem ao Legislativo. Registro, entretanto, que na atual quadra do pensamento ocidental, o exercício do poder democrático passa a ser limitado pelo discurso dos direitos humanos, notadamente pelo reconhecimento da igualdade entre os homens e de suas liberdades de pensamento, escolha e crença, entre outras. Qualquer deliberação democrática majoritária que seja atentatória desses direitos da pessoa se sujeita à censura dos Tribunais encarregados da sua proteção³⁸. Isso

38 Nesse sentido, observo a emblemática *Proposition 8*, medida de banimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo no Estado da Califórnia, aprovada por plebiscito (exercício de democracia direta), a fim de revogar norma do Legislativo local (exercício de democracia indireta) que reconheceu o *gay marriage*. A *Proposition 8* foi suspensa em *judicial review*, e o casamento entre pessoas do mesmo sexo segue sendo permitido na Califórnia, porém os apoiadores do plebiscito levaram o caso à Suprema Corte (*Hollingsworth v. Perry*, USSC, julgado em 26/6/2013). A Corte deixou de examinar o mérito por entender faltar às entidades que atuam em defesa do banimento do casamento *gay* o interesse de agir, bem como a ausência de prejuízo aos demandantes: *For there to be such a case or controversy, it is not enough that the party invoking the power of the court have a keen interest in the issue. That party must also have "standing," which requires, among other things, that it have suffered a*

passa, naturalmente, pelo Supremo Tribunal Federal e seu compromisso com a defesa da Constituição e dos direitos nela previstos. Há certos ativismos, portanto, que a democracia deve tolerar quando está em jogo a desigualdade, justamente por restabelecerem a igualdade entre os cidadãos, que são os titulares do poder exercido pela via democrática. E as decisões majoritárias, contrárias aos direitos humanos, estão vedadas.

Embora esse tipo de decisão deva se cercar dos maiores cuidados do ponto de vista da fundamentação, que deve estar sempre amparada em norma constitucional, o certo é que o juízo fixado pelo Supremo Tribunal Federal é válido até que o Legislativo promova as alterações legais³⁹ ou até mesmo constitucionais necessárias, consagrando-se a representatividade da soberania popular – alteração essa que, como visto, deve ser realizada dentro dos parâmetros constitucionais de igualdade e de garantia dos direitos fundamentais, sob pena de nova censura de inconstitucionalidade.

ADPF 54 – ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS

Outro julgamento bastante polêmico deu-se na ADPF 54, que autorizou a antecipação terapêutica do parto de fetos com anencefalia. Dito de outra forma, o Supremo autorizou a prática de abortamento em uma situação específica (anencefalia do feto), ainda que não contemplada taxativamente como causa de exclusão de ilicitude do tipo de aborto previsto do Código Penal.

Em uma síntese tão breve quanto possível do processo, a arguição foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), apontando como

concrete and particularized injury. Because we find that petitioners do not have standing, we have no authority to decide this case on the merits, and neither did the Ninth Circuit.

39 Entre as diversas técnicas de decisão, cabe ainda lembrar a decisão de “apelo ao legislador”, inspirada na *Appellentscheidung* do direito constitucional alemão. Pelo emprego da decisão de apelo, o Tribunal reconhece que uma lei ou a situação jurídica não se tornou ainda inconstitucional, apelando ao legislador para que proceda à retificação ou ao ajuste dessa circunstância, dita *ainda constitucional*. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 297. No entanto, cumpre destacar que o apelo para que se reforme uma situação “ainda constitucional” não obriga, juridicamente, o órgão legislativo a pôr em execução qualquer medida para superar as irregularidades.

violados os preceitos dos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana –, 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade –, 6º, *caput*, e 196 – direito à saúde –, todos da Constituição Federal e, como ato do Poder Público causador da lesão, o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

O pedido principal foi pela declaração de que os artigos 124, 126, 128, I e II, todos do Código Penal, se interpretados de modo a punir tal antecipação terapêutica de anencéfalo, são inconstitucionais. Requereu-se o emprego da técnica da interpretação conforme a Constituição para que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa possa ser sujeito passivo do crime de aborto.

A ação foi julgada procedente por maioria. O voto do relator, Min. Marco Aurélio, lançou premissas que foram explícita ou implicitamente adotadas pelos demais ministros que votaram pela procedência da arguição, as quais apresento aqui de forma brevíssima. Antes de mais, tece considerações importantes acerca da laicidade do Estado brasileiro, realizando uma digressão histórica sobre a presença da religião católica no então Império brasileiro, e o momento em que a laicidade foi alçada a princípio constitucional pela Constituição de 1891. Esse caráter laico segue consagrado na atual Constituição de 1988, em seu art. 19, inciso I, razão por que as concepções morais religiosas não podem guiar as decisões estatais, devendo permanecer circunscritas à esfera de intimidade do indivíduo. Fica, assim, estabelecida a premissa de que a decisão referente ao presente processo não pode ser examinada sob influências morais ou religiosas.

O relatório refere, inicialmente, que não cabe invocar o direito à vida dos anencéfalos. Isso porque, nas palavras do relator, “anencefalia e vida são termos antitéticos”⁴⁰, porquanto o anencéfalo não tem expectativa, nem é ou será titular do direito à vida. Neste contexto, portanto, não se pode falar em aborto, este sim crime contra a vida. Refere-se que “a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica”. A

40 ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. STF, Pleno, j. em 12.04.2012. Todas as expressões entre “aspas” que se seguem no texto correspondem a trechos da decisão publicada na ADPF 54. Como serão referidos no corpo do texto os Ministros a quem se atribui cada expressão, deixo de fazer a nota de rodapé correspondente a cada uma dessas citações diretas, por remeterem à mesma fonte aqui citada.

decisão põe em relevo aspectos psíquicos relativamente à saúde física e moral da mulher, evidenciando que cabe à mulher, e não ao Estado, valorar sentimentos que são de ordem privada. Neste sentido, reconhece-se o direito da mulher de autodeterminar-se em caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina.

O julgado consigna, finalmente, que a imposição estatal da manutenção da gravidez diante do diagnóstico de anencefalia do feto vai de encontro a princípios basilares do sistema constitucional, precisamente à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, à integridade física e psíquica da mulher, ao direito de privacidade e ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres.

O voto do Ministro Luiz Fux acrescenta o exame da proporcionalidade à discussão e propõe uma “releitura das excludentes de ilicitude à luz das novas necessidades científicas e sociais”. Para a Ministra Rosa Weber,

a tendência do uso semântico do conceito de vida no Direito está relacionado com critérios voltados às ideias de dignidade, viabilidade de desenvolvimento e presença de características mentais de percepção, interação, emoção, relacionamento, consciência e intersubjetividade e não apenas atos reflexos e atividade referente ao desenvolvimento unicamente biológico. Diante disso, é de se reconhecer que merecem endosso os posicionamentos de não caber a anencefalia no conceito de aborto.

O Ministro Gilmar Mendes, em que pese considerar que a atipicidade do aborto nesta hipótese é incorreta, ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro, entende que a situação enseja uma interpretação evolutiva do Código Penal, elaborado num momento em que não se dispunha da tecnologia de diagnóstico hoje acessível a todas as gestantes. Julga procedente a ação,

para dar interpretação conforme a Constituição, com efeitos aditivos, ao art. 128 do Código Penal, para estabelecer que, além do aborto necessário (quando não há outro meio de salvar a vida da gestante) e do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Entre os votos contrários, o Ministro Lewandowski funda seu voto na antiga Escola da Exegese para reafirmar que “quando a lei é clara, não há espaço para a interpretação”. Afirma que os integrantes do Poder Judiciário não podem promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem⁴¹. Lançando mão de argumentos *ad terrorem*, ele lembra que continua em vigor o texto da legislação penal que não admite, em nenhuma circunstância, o aborto eugênico, e que

uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arripio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.

Na mesma trilha segue o Ministro Peluso, para quem

embora não tenha ainda personalidade civil, o nascituro é, anencéfalo ou não, investido pelo ordenamento, segundo velha e fundada tradição jurídica, na garantia expressa de resguardo de seus direitos, entre os quais se conta *a fortiori* o da proteção da vida, como dispõe hoje o art. 2º do Código Civil. Pode, daí, por exemplo, receber doação, desde que aceita por seu representante legal (art. 542 do Código Civil).

Neste sentido, observa que “o aborto de anencéfalo e a eutanásia aproximam-se de maneira preocupante”, levando a uma “ameaça eugênica”.

No entanto, por maioria, o Tribunal realizou a interpretação conforme a Constituição para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro. Quanto à técnica empregada, a decisão refere à técnica da interpretação conforme, mas parece

41 Nesse sentido, assevera: “Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem”.

mais correto entender que houve, na verdade, uma declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Isso porque, diferente da interpretação conforme, em que se faz um juízo condicional de constitucionalidade, no sentido de se aceitar somente uma determinada interpretação entre várias que possam ser atribuídas à norma com exclusão das demais, a decisão na ADPF 54 operou sobre o âmbito normativo da norma, i.e., sobre as hipóteses fáticas compreendidas no seu campo de incidência. Com efeito, o que fez o tribunal foi excluir um grupo de casos concretos (o de gestantes de fetos anencefálicos) do campo de incidência da norma punitiva do aborto, permanecendo ela válida e eficaz para garantir a criminalização dos demais casos.

Por tratar de um assunto sensível à sociedade, como é a discussão do aborto, esta foi uma das questões mais polêmicas levadas ao STF. Aqui apresentei brevíssima síntese dos fundamentos ao longo julgado, mas o fato é que no resultado está implícito o recurso ao postulado da proporcionalidade para ponderar fatores que não podiam ser considerados pelo legislador ao tempo da elaboração do Código Penal (1940), como o diagnóstico certo de inviabilidade de vida em fetos anencefálicos. Isso, por si só, altera completamente a lógica da proibição do aborto nesta hipótese. Explico: é claro que a Constituição protege o direito a vida, e é este o *fim* que anima a conformação dada pelo Legislativo à matéria ao criminalizar o aborto e proteger o nascituro. Mas a restrição da liberdade da mãe pela criminalização do aborto não leva ao *fim* na hipótese de gestação de feto anencefálico. Isso torna a restrição à liberdade de escolha da mãe inadequada, desnecessária, *ipso facto* excessiva, porque, mesmo obrigando-a a levar a gestação a termo, o *fim* que justifica a restrição, que é o bem vida, não será de modo algum atingido.

Embora o raciocínio pareça simples, melhor seria se ele fosse desempenhado pelo Poder Legislativo, como não deixou de registrar o Ministro Gilmar Mendes em seu voto. Na prática, a decisão termina por criar uma nova causa de exclusão de ilicitude do crime de aborto não prevista expressamente no art. 128 do Código Penal. Trata-se, a toda evidência, de inovação legislativa em matéria penal pelo Supremo Tribunal Federal por meio do emprego de técnica alternativa de decisão.

O direito penal, por lidar com a restrição de um dos bens mais fundamentais do indivíduo – a liberdade—, é um campo tradicionalmente submetido ao princípio da reserva legal. Isso implica a submissão da matéria a procedimento legislativo próprio, exigindo a deliberação e o consenso dos representantes do povo. A criação de novos tipos penais não é, via de regra, admitida por intervenção do Executivo ou do Judiciário, pois nesta matéria o Legislativo é soberano, sob pena de inconstitucionalidade. Entretanto, o caso aqui tratado versa a exclusão de ilicitude, operando *in bonam partem*, ao contrário da criminalização. E coloca em relevo um direito fundamental de liberdade da mulher que sofre a restrição do sistema penal desnecessariamente, num tema que o Legislativo, até o momento, não demonstra querer discutir⁴².

Estabelecer qual *a medida da intervenção* do Judiciário no desempenho de sua função de apreciar a lesão ou ameaça de lesão a direitos dessas mulheres põe novamente em evidência a divisão de poderes, a democracia e a legalidade. E *nenhuma intervenção* colocaria em evidência a lesão a outras normas igualmente fundamentais da Constituição, que protegem a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia da vontade, a integridade física e moral da mãe e a própria proibição de excesso.

Mais uma vez está-se diante de situação em que o Poder Judiciário se utiliza das técnicas alternativas da jurisdição constitucional para atuar dentro de um âmbito material mais amplo, porque a proteção do indivíduo contra os excessos do Poder Público e a efetivação dos seus direitos fundamentais (que são o fundamento e *fim* último do Estado de Direito) assim exigem. O tema compreende outra questão que ficou de fora da agenda legislativa, geralmente omissa quanto a discussões que desafiam suscetibilidades, questões morais e também religiosas. Deste modo, quando o Legislativo deixa de tomar as decisões normativas que

42 O acórdão da ADPF 54 relata que tramitavam originalmente dois projetos de lei no Senado com o objetivo de afastar a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez nos casos de anencefalia fetal: “um do Senador Duciomar Costa, de nº 183, e outro do Senador Mozarildo, de nº 227, ambos datados de 2004. O primeiro foi retirado pelo próprio autor, um mês depois de sua apresentação. O segundo *permaneceu inerte por cinco anos, sem jamais ter sido apreciado por uma única comissão*, até que foi arquivado”. [grifei] Este último foi reapresentado em 2011 e tramita como o PL nº50/2011, mas até o momento não houve deliberação do Congresso Nacional.

lhes competem, os direitos fundamentais do indivíduo que cumpre ao Estado garantir permanecem carentes da solução que impende ao Poder Judiciário, por expressa disposição constitucional (CF, art. 5º, XXXV). Tal é o caso do direito de liberdade da gestante de feto anencefálico, que não pode, desnecessariamente, ser obrigada pelo Estado a levar a termo uma gestação que não alcançará o bem vida à sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Neste ensaio, pretendi examinar as técnicas de decisão utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de constitucionalidade. Registrei que, além das técnicas conclusivas de declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade, outras soluções são possíveis, as intermediárias ou alternativas. "Alternativas" porque conferem ao Tribunal uma opção que permite a permanência da norma no ordenamento jurídico por meio de adaptações quanto ao significado atribuído ao enunciado linguístico da norma (programa normativo) ou ao recorte empírico sobre o qual incide a norma (âmbito normativo). Com isso, apresenta-se uma alternativa entre a exclusão total da norma do ordenamento (inconstitucionalidade, com efeito vinculante) ou sua aplicação irrestrita (declaração de constitucionalidade, com efeito vinculante).

Observei que, embora o STF nem sempre faça uma distinção clara entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto, as duas técnicas operam sobre elementos distintos da norma. Assim, a interpretação conforme se circunscreve à definição entre diferentes interpretações que possam ser abstratamente atribuídas à norma, daquela que é compatível com o texto constitucional, operando-se a exclusão em relação aos demais sentidos.

A seu turno, a declaração parcial sem redução de texto opera em consideração às particularidades evidenciadas em certos casos concretos que venham a ser atingidos pela norma em questão. Isso é necessário porque, embora a norma, abstratamente considerada, não suscite qualquer problema em face do texto

abstrato da Constituição, muitos casos compreendidos pelo seu campo de incidência apresentam vicissitudes que tornam a aplicação da norma inviável para determinadas questões pelo prisma da Constituição.

Fica evidente que essas técnicas alternativas são mecanismos de adaptação que servem ao escopo de garantir a permanência das normas editadas pelo Legislativo, sob o manto do respaldo popular, apesar de alguns de seus aspectos suscitarem controvérsias constitucionais. Servem, portanto, à democracia. No entanto, dependendo do resultado hermenêutico atingido por meio do uso das técnicas, pode-se promover justamente o inverso: a “juristocracia”⁴³. Isso porque, como visto, delas podem decorrer inovações na ordem jurídica que, muitas vezes, atentam contra o próprio texto de proposições normativas aprovadas pelo Poder Legislativo.

As decisões judiciais que, sem declarar uma norma inconstitucional, alteram a fixação de seu sentido a ponto de desfigurar a conformação legislativa original, manifestam o chamado ativismo judicial. No entanto, há que distinguir os vários tipos de atuação judicial, para que se possam harmonizar algumas dessas situações com o conjunto normativo da Constituição. Esse parece ser o caso das decisões judiciais proferidas nas ADPFs 54 e 132, em que as técnicas alternativas foram utilizadas para solucionar casos de omissão e iniquidade, envolvendo direitos fundamentais de minorias sociais sem representatividade suficiente para fazer mover a máquina legislativa. Não se trata, portanto, de mera disputa entre os Poderes da República, para ver quem “pode mais”⁴⁴, e nem de saber quem tem condições de deliberar “melhor” acerca de determinada matéria⁴⁵, pois, como visto nos casos tratados, o tribunal operou em face da falta de regulação normativa específica que atendesse aos direitos fundamentais *sub judice*.

43 Sobre o fenômeno: HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy** – the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

44 E é deste modo que designo uma discussão lateral do HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, em que se propôs o reconhecimento da “mutação constitucional” do art. 52, X, da CF, para entender dispensável a competência do Senado de suspender a execução das normas declaradas inconstitucionais por decisão definitiva do STF. Com isso, as decisões do STF em controle difuso poderiam ter eficácia *erga omnes per se*, suprimindo-se a atuação do Senado para tanto.

45 Caso da declaração de constitucionalidade da Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que disciplinou o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, na ADI 3999-DF, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 12/11/2008.

Trata-se, sim, da realização efetiva do fundamento material do Estado de Direito, que é a proteção do indivíduo e de sua dignidade em face das omissões do Poder Legislativo em regulamentar questões sociais relevantes e urgentes – malgrado já se tenham passado 25 anos desde a promulgação da Constituição. Penso, assim, que toda a discussão sobre a interferência entre os Poderes deve ser redirecionada quando estiverem em jogo direitos fundamentais lesados pela ação ou omissão estatais. Isso porque a lesão a direitos reclama a intervenção judicial por disposição constitucional expressa, o que exclui uma manifestação pura e simples de ativismo judicial para manifestar o exercício de uma *competência constitucionalmente atribuída* aos órgãos judiciários. Eis o *grano salis* que deve temperar as críticas que imputam ao Supremo a subversão de competências nas ADPFs retro-examinadas.

Ressalvo, contudo, que toda atuação judicial nesse sentido deve amparar racionalmente os seus fundamentos nas normas constitucionais e concretizar disposições preexistentes, dando coerência e consistência ao conjunto normativo da Constituição, inclusive daquelas normas que coordenam a distribuição de competências aos diferentes órgãos estatais. E, na falta do exercício de competências constitucionalmente atribuídas aos órgãos legislativos, que se façam valer as soluções constitucionalmente válidas, como é o exercício da jurisdição no restabelecimento de direitos lesados ou ameaçados. O refinamento das técnicas decisórias na jurisdição constitucional deu-se no firme propósito de preservar as normas do Legislativo, tanto quanto possível, mas também para que o Judiciário possa garantir direitos em situação de vulnerabilidade e não se furte a esta tarefa que é, ao fim e ao cabo, eminentemente sua.

REFERÊNCIAS

ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio. STF, Pleno, j. em 12/04/2012

ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto. STF, Pleno j. 05/05/2011

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no Controle de Constitucionalidade**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. A face não-vinculante da eficácia vinculante das declarações de constitucionalidade: uma análise da eficácia vinculante e o controle concreto de constitucionalidade no Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a fazenda pública. **Revista AJURIS**, v.86, p.361-374, 2002.

AVILA, Humberto. Ativismo Judicial e Direito Tributário. In: Rocha, Valdir de Oliveira (Coordenador). **Grandes questões atuais de direito tributário**. 15º volume. São Paulo: Dialética, 2011.

_____. "Neoconstitucionalismo": Entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado** n. 17. Jan/Fev/Mar 2009, 1-19.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Artigo publicado na RDA 225:5-37.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BREYER, Stephen. **Active liberty**: interpreting our democratic constitution. New York: Alfred A. Knopf, 2005.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. São Paulo: Forense, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia constitucional y democracia**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ELY, J. H. Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review. Cambridge, 1980

FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. **El bloque de la constitucionalidad**. Madrid: Civitas, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo:

Malheiros Editores, 2010.

GUASTINI, Riccardo. **Teoría e ideología de la interpretación constitucional**. Madrid: Minima Trotta, 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy** – the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle Abstrato de Constitucionalidade**: ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001

MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1993

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial** – Parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio; BARRETTO, Vicente de Paula; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Consultor Jurídico, 19/07/2009. Captado em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-19/confiar-interpretacao-constituicao-poupa-ativismo-judiciario>

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

Recebido em: jul/2014

Aprovado em: out/2014